



Aalborg Universitet

AALBORG UNIVERSITY
DENMARK

Efter IVS'et - hvilken virksomhedsform bør man tilråde iværksætteren?

Werlauff, Erik

Published in:
din§jura

Publication date:
2019

[Link to publication from Aalborg University](#)

Citation for published version (APA):

Werlauff, E. (2019). Efter IVS'et - hvilken virksomhedsform bør man tilråde iværksætteren? *din§jura*, 3(2019), 10-11.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal -

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at vbn@aub.aau.dk providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

din §jura

WERLAUFF §JURA

HJEMMESIDE:

www.dinjura.com

REDAKTIONSPANEL:

Alex Fomcenco

wp@werlauff-publishing.com

Erik Werlauff

erik@werlauff.com

ISSN nr:

2445-9208

UDGIVES AF:

Werlauff Publishing A/S

www.werlauff-publishing.com

wp@werlauff-publishing.com

CVR:

28699123

Abonnement:

Gratis abonnement ved tilmelding igennem www.dinjura.com

Citation: [2019] nummer 3

Copyright: © 2019 Werlauff Publishing A/S

Bidrag sendes til wp@werlauff-publishing.com

INDHOLD

Dansk tingsret i et europæisk perspektiv	s. 5
Efter IVS'et – hvilken virksomhedsform bør man tilråde iværksætteren?	s. 10
Bankledelsens erstatningsansvar – læren af Højesterets dom fra 2019 om Capinordic Bank	s. 13

Dansk Tingsret



Dansk tingsret i et europæisk perspektiv indeholder såvel en tilbundsående analyse af gældende dansk tingsret, særligt i relation til godtroserhvervelse, som komparative analyser af denne i forhold til den i det øvrige Europa gældende tingsret. Bogen er derfor relevant for både den formueretlige litteratur og for praktikere, der måtte støde på komplicerede tingsretlige problemstillinger.

Find den på www.werlauff-publishing.com

Dansk tingsret i et europæisk perspektiv

CHRISTOFFER GOUL KILINC ANDERSEN

advokatfuldmægtig hos Bech-Bruun Advokatpartnerselskab

Komparativ tingsret

Tingsretten var indtil for nylig mere eller mindre ukendt land inden for den komparative ret, der særligt tidligere primært har koncentreret sig om obligationsretten.

Der er i dag på europæisk plan dog kommet langt større fokus på den komparative tingsret, efter at EU har sat sig som mål at harmonisere i hvert fald dele af tingsretten som led i bestræbelserne på i videst muligt omfang at fjerne hindringer for varernes frie bevægelighed inden for EU.

Alt tyder på, at en sådan EU-harmonisering vil kunne indebære betydelige ændringer for gældende dansk formueret.

EUs bestræbelser har således nået et foreløbigt højdepunkt ved udgivelsen af det gennemarbejdede udkast til en harmonisering af den europæiske formueret – *draft common frame of reference* (“DCFR”) – efter EU-initiativ.

DCFR indeholder et udførligt tingsretligt regelsæt med tilhørende kommentarer samt komparative bidrag om tingsretten i hver enkelt EU/EØS-medlemsstat.

I min nye udgivelse “*Dansk tingsret i et europæisk perspektiv*” analyserer jeg, som titlen antyder, gældende dansk tingsret i forhold til den i det øvrige Europa gældende tingsret med udgangspunkt i DCFR. Bogens fokus er på reguleringen af rettighedskonflikter i løsørengensstande (særligt vedrørende godtroserhvervelse).

Som det påpeges i bogen, bærer de i DCFR foreslåede regler stærkt præg af den kontinentaleuropæiske tingsret, ligesom DCFR på en række punkter adskiller sig ganske betydeligt fra gældende dansk ret. Det gælder såvel den teoretiske og metodiske tilgang som den praktiske løsning af tingsretlige konfliktrelationer.

Ud over en analyse af selve den teoretiske og metodiske tilgang til tingsretten (jf. afsnit 2 nedenfor) er bogens fokus særligt på den praktiske løsning af de klassiske, tingsretlige konfliktrelationer (jf. afsnit 3 nedenfor) samt af ekstinktionsspørgsmål vedrørende panterrettigheder (jf. afsnit 4 nedenfor).

En nærmere analyse af den danske tingsret i et europæisk perspektiv er ganske relevant. Ud over at belyse, hvilke konsekvenser og udfordringer en europæisering vil kunne stille dansk ret over for, bidrager bogen i øvrigt også til nærmere at klarlægge den danske retsstilling på området, navnlig i relation til spørgsmål om godtroserhvervelse/ekstinktion. Dette sker blandt andet ved at belyse og overveje konkrete tingsretlige problemstillinger, nuancer og retspraksis, der ikke tidligere har været behandlet i den danske tingsretlige litteratur.

I denne artikel vil jeg fremhæve enkelte interessante observationer, der naturligvis behandles langt mere dybdegående i bogen.

Den teoretiske tilgang – substantialisme ctr. funktionalisme

De grundlæggende tingsretlige hovedproblemstillinger i dansk ret er velkendte og kan (groft) skitseres som følger:

- Hvorledes er en erhverver stillet i tilfælde af overdragerens konkurs? Dette er særligt interessant, hvor erhververen har betalt den aftalte pris, medens der ikke er sket fysisk overgivelse til erhververen af salgsgenstanden.
- Hvorledes er overdrageren stillet i tilfælde af erhververens konkurs? Dette er særligt interessant i tilfælde, hvor der er sket fysisk overgivelse af

salgsgegenstanden til erhververen, der endnu ikke har erlagt vederlaget herfor.

- Hvorledes er en erhverver stillet i tilfælde, hvor denne har erhvervet sin ret fra en person, der som følge af tredjemands ret i salgsgegenstanden viser sig ikke at have været berettiget til at disponere i forhold til erhververen som sket? Overdragerens manglende berettigelse kan enten skyldes, at overdrageren afleder sin ret fra en person, der har indsigelser i forhold til overdragerens ret til at overdrage rettigheden (hjemmelskonflikten), eller at overdrageren har overdraget rettigheder til to (eller flere) forskellige aftaleerhververe, hvis rettigheder er indbyrdes modstridende (dobbeltdispositionen).

Stiller man ethvert af ovenstående spørgsmål i en konkret sammenhæng til eksempelvis en tysk (eller anden kontinentaleuropæisk) jurist, vil den pågældende indledningsvis - som en forudsætning for at kunne nå til sin endelige besvarelse - spørge sig selv om følgende: Hvem har ejendomsretten til salgsgegenstanden?

Hvis ejendomsretten er overgået til erhververen – idet de betingelser, der må stilles herfor, er opfyldt – vil erhververen nemlig efter tysk ret have den tinglige ret og dermed som udgangspunkt en tingligt beskyttet ret.

Dette “enhedsprincip”, hvorefter ejendomsretten går over på ét bestemt tidspunkt i enhver henseende, er udslag af det, der betegnes som substantialisme. Problemstillinger må ud fra en substantialistisk tilgang løses ud fra en deduktion fra rettigheder eller begreber. Ejendomsretten er en rettighed, hvortil der er knyttet en række retsvirkninger, som indehaveren kan påberåbe sig. Rettigheden er “tinglig”; en rettighed over selve tingen, der kan gøres gældende over for ikke bare overdrageren, men enhver. Og omvendt: Har erhververen *ikke* ejendomsretten, har han netop ingen tinglig, men alene en obligatorisk rettighed; en simpel fordring på sin rettighed (fx ejendomsretten til salgsgegenstanden), der alene har virkning over for overdrageren.

Modstykket til substantialismen er funktionalismen, og det er netop en funktionel tilgang, der inden for formueretten særligt præger dansk (og nordisk) tings-

ret. Herhjemme siger vi i dag, at det ingen mening har at anvende et mellemliggende ejendomsretsbegreb for at besvare ovenstående, forskelligartede spørgsmål. De enkelte konfliktrelationer og problemstillinger må løses på deres egne præmisser og ud fra de for den enkelte konfliktrelation gældende hensyn. Et spørgsmål om, hvem der er indehaver af ejendomsretten, eller om ejendomsrettens overgang som sådan, anses ikke for i sig selv at bidrage til løsningen af den enkelte tingsretlige konflikt.

Den grundlæggende teoretiske forskel er i sig selv en udfordring for dansk ret i forhold til en mulig europæisering af tingsretten, herunder fordi den funktionelle tilgang generelt er forudsat som gældende ved dansk formueretlig lovgivning.

Som eksempel kan nævnes købelovens § 28, stk. 2, hvorefter en sælger ikke kan hæve købet, når genstanden er overgivet til køberen. Den manglende hæveadgang betyder, at sælgeren ikke kan hæve i inter partes-forholdet med køberen, men den praktiske betydning af reglen er særligt den tingsretlige refleksvirkning: At sælgeren i tilfælde af køberens betalingsmisligholdelse ikke nyder nogen tinglig beskyttelse over for sælgerens retsforfølgende kreditorer og godtroende aftaleerhververe (medmindre der er taget et gyldigt ejendomsforbehold i salgsgegenstanden).

Dansk juridisk metode, som denne sædvanligvis anerkendes i dansk ret – navnlig inden for formueretten – må i det hele siges i høj grad at blive udfordret ved en EU-harmoniseringsakts forventelige teoretiske tilgang og metode.

Den praktiske løsning af tingsretlige konflikter

De praktiske konsekvenser af selve valget af teoretisk tilgang skal ikke overdrives. Det er muligt at nå til mange af de samme resultater uanset valget af teoretisk og metodisk tilgang.

Gøres det eksempelvis ikke til en betingelse for ejendomsrettens overgang, at overdrageren er berøvet rådheden over genstanden, idet selve aftaleindgåelsen er tilstrækkelig (“konsensusprincippet” siges i så fald at være gældende), og kan den overdragede genstand identificeres, vil retsstillingen i relation til erhververens

kreditorbeskyttelse i praksis grundlæggende være den samme som efter gældende dansk ret: Erhververen har en kreditorbeskyttet ret. Og ønskes det, at ejendomsrettens overgang ikke (alene) skal være afgørende i en konkret henseende, kan der formuleres en undtagelse for det pågældende typetilfælde. Dette sidste ses da også i de lande, der anvender en sådan tilgang – og derfor også flere steder i DCFR.

Selve den valgte tilgang har dog en vis praktisk betydning. Det kan herunder blandt andet nævnes, at vurderingen af, om der eksempelvis sker ekstinktion i det enkelte tilfælde, i mange tilfælde vil blive langt mere mekanisk end efter en funktionel tilgang. Herudover vil man i tilfælde, som ellers efter gældende dansk ret endnu er uafklarede, efter DCFR falde tilbage på en hovedregel, fx således at det afgørende er, om betingelserne for ejendomsrettens overgang er opfyldt.

I de i praksis typisk forekommende tilfælde er det dog altså substansen af reglerne, der er af afgørende betydning. Også i den sammenhæng indebærer de i DCFR foreslåede regler imidlertid en række væsensforskelle i forhold til den gældende danske tingsret.

I DCFR har man til eksempel for det første valgt at følge et traditioprincip, således at ejendomsrettens overgang som udgangspunkt kræver, at overdrageren er berøvet rådigheden over genstanden. Dette er – i hvert fald i relation til spørgsmålet om en erhververs kreditorbeskyttelse – således i modsætning til udgangspunktet efter dansk ret, idet erhververen her, under nærmere forudsætninger, er beskyttet fra aftalens indgåelse.

Der kræves endvidere i relation til godtroserhvervelse/ekstinktion efter DCFR, som i langt størstedelen af Europa i øvrigt, ikke, at en konkret hensynsafvejning skal tale for, at den godtroende aftaleerhverver skal ekstingvere den oprindeligt berettigedes ret. En europæisering af tingsretten vil med andre ord med al sandsynlighed indebære overgang til en almindelig ekstinktionsregel, hvorefter ekstinktion til fordel for den, der erhverver i god tro, vil være den klare, praktiske hovedregel. Dette vil for så vidt være nogenlunde i overensstemmelse med de godtroserhvervelseslove, der blev indført i både Sverige og Norge efter udgivelsen af en fællesnordisk betænkning herom i 1964,

men som der aldrig er opnået enighed om at indføre i Danmark.

Rettighedskonflikter, der involverer panthavere m.fl.

DCFR indeholder også et udførligt tingsretligt regelsæt vedrørende sikkerhedrettigheder i løsørengstande, herunder indførelsen af et personalregister, hvori ikke alene panterrettigheder, men også ejendomsforbehold generelt vil skulle registreres for at opnå tinglig beskyttelse. Dette forslag er i sig selv ganske praktisk interessant, men det samme er retsvirkningerne, der knytter sig til en sådan registrering.

Registrering (tinglysning) af en rettighed indebærer efter dansk ret, at der i praksis stort set ingen mulighed vil være for at ekstingvere den pågældende rettighed. Tinglysning siges at være ikke alene nødvendig, men tillige tilstrækkelig, til at sikre tinglig beskyttelse.

Efter DCFR er indehaverens registrering af sin rettighed derimod ikke noget, der på samme måde medfører, at indehaveren kan vide sig sikker på ikke at se sin ret blive fortrængt. Det gælder ganske vist også efter DCFR, at ekstinktion som udgangspunkt er udelukket, idet synspunktet er, at en senere erhverver (panthaver eller køber) i sådanne situationer anses for at være i ond tro qua registreringen.

Ekstinktion er imidlertid ikke udelukket, i tilfælde hvor den pågældende rettighed ikke er registreret i overdragerens, men i et andet retssubjekts navn, og, for så vidt angår køb, heller ikke, hvor overdrageren handler “in the ordinary course of its business”. Det er uden betydning, om indehaveren kan bebrejdes noget. Dette udgør to i praksis særdeles væsentlige undtagelser, der i de pågældende tilfælde vil indføre en almindelig ekstinktionsregel selv i tilfælde, hvor eksempelvis en underpanthaver behørigt har registreret sin panterrettighed. Dette er selvsagt noget, der vil kunne influere på eksempelvis en långivers risikovurdering i tilfælde, hvor den låntagende virksomhed pantsætter fx driftsinventar og driftsmateriel.

Afslutning

Det er generelt kendetegnende, at forskellene er mange

og lighederne få, når den danske tingsretlige tilgang samt de materielle regler sammenholdes med de regler, der findes i størstedelen af Europa, og som en EU-harmonisering må ventes at indebære.

Sikkert er det, at vi med de i DCFR indeholdte tingsretlige bøger (med tilhørende komparative noter og kommentarer mv.) har fået et enormt bidrag til at forstå, hvordan tingsretten anskues i det øvrige Europa, hvilket samtidig indebærer et bidrag til bedre at forstå og klarlægge den danske tingsret.

Bogen “Dansk tingsret i et europæisk perspektiv” indeholder såvel en tilbundsgående analyse af gældende dansk tingsret, særligt i relation til godtroserhvervelse, som komparative analyser af denne i forhold til den i det øvrige Europa gældende tingsret. Bogen er derfor relevant for både den formueretlige litteratur og for praktikere, der måtte støde på komplicerede tingsretlige problemstillinger.

VALG AF VIRKSOMHEDSFORM



VALG AF VIRKSOMHEDSFORM er et nyttigt redskab for rådgivere, virksomhedsejere, studerende og undervisere, der ønsker overblik over (A) virksomhedsformerne og (B) hensynene ved valg af virksomhedsform.

Der gennemgås alle de relevante former, hvorunder man kan vælge at drive sin erhvervsvirksomhed, og for hver enkelt type af virksomhed gennemgås herefter de væsentligste hensyn, der bør indgå ved valget.

I denne 3. udgave af bogen er omtalt, hvilke alternativer der kan være til iværksætterselskabet (IVSet), som ikke kan oprettes efter 15. april 2019, og som skal være omregistreret til ApS senest 15. april 2021.

Bogen anvendes som lærebog blandt andet ved cand.merc.aud.-studiet ved Aalborg Universitet i vort elektroniske valgfag (e-valgfag) om valg af virksomhedsform.

Find den på www.werlauff-publishing.com

Efter IVS'et – hvilken virksomhedsform bør man tilråde iværksætteren?

AF PROFESSOR, DR. JUR. ERIK WERLAUFF

Aalborg Universitet

Det er lidt underligt at skrive om en virksomhedsform, som er på vej ud af billedet, nemlig iværksætterselskabet (IVSet). Siden den 15. april 2019 kan der ikke stiftes og registreres nye IVSer, men eksisterende IVSer kan naturligvis overdrages til ny(e) ejer(e). Ethvert IVS skal senest den 15. april 2021 omregistrere sig til et ApS (underforstået: samt opfylde kravene hertil, først og fremmest en egenkapital på 40.000 kr., hvilket siden 2019 er kapitalkravet til et ApS. Sker en sådan omregistrering ikke, eventuelt efter en rykkerskrivelse fra Erhvervsstyrelsen, sendes IVSet til tvangsopløsning.

Årsagen til den hårde medfart, IVSet har fået som virksomhedsform, er, at der i den årrække, hvor IVSer kunne nystiftes, blev konstateret en hel del ulovligheder i forbindelse med denne selskabstype. Modstanden og betænkelighederne fik til sidst et sådant omfang, at der var politisk flertal for at afskaffe IVSet, hvilket skete ved lov nr. 445 af 13. april 2019, og de relativt korte frister, jeg har nævnt ovenfor, viser, at lovgivningsmagten mente afskaffelsen alvorligt.

Der kan stadig eksistere skuffe-IVSer som kan købes og anvendes som virksomhedsform, men deres værdi er begrænset, og de mister i sagens natur helt deres værdi pr. 15. april 2021, jf. ovenfor.

Andre lande med lavkapitalselskaber har kunnet finde ud af at beskytte i rimeligt omfang mod misbrug, men Danmark valgte den mest indgribende løsning – at forbyde dem helt, og med en kun 2-årig overgangsordning.

Den, der har valgt et IVS, må nu tage stilling til, hvad alternativet er, formentlig ofte et ApS. Den, der står for at skulle vælge virksomhedsform, må ligeledes over-

veje, hvad der med fordel kan vælges, dvs. hvad det er relevant at vælge, når IVSet ikke længere findes på paletten.

Jeg skal her indledningsvis skitsere de alternativer, der forekommer mig mest oplagt at bringe i overvejelse:

Løsning nr. 1: Satser på IVS-formen et stykke tid. Hermed mener jeg, at hvis den 15. april 2021, hvor IVSer skal være omregistreret til ApSer, endnu ikke er alt for tæt på, og man har tillid til sine evner til at skabe overskud og reserver, så kan man jo erhverve et skuffe-IVS, anvende dette til sin virksomhed og sluttelig omregistrere til et ApS inden den 15. april 2021, forudsat at betingelserne til den tid er opfyldt, særligt kapitalkravet på 40.000 kr. Hvis datoen 15. april 2021 passeret, når man skal vælge virksomhedsform, er denne mulighed nr. 1 selvsagt ude af billedet.

Løsning nr. 2: Vælger dansk ApS. Det mest nærliggende og også det mest enkle alternativ til det uddøde IVS er at skaffe de nødvendige 40.000 kr. til et ApS og da anvende denne retsform.

Løsning nr. 3: Vælger udenlandsk lavkapitalselskab. Under dette alternativ vælger man et udenlandsk registreret lavkapitalselskab, fx.

1. *Et britisk Limited (Ltd.).* Her er kapitalkravet 100 engelske pund, som endog ikke behøver at være indbetalt. UK er det europæiske land, der har størst og længst erfaring med lavkapitalselskaber. Denne omstændighed svækkes dog noget af, at vi i skrivende stund ikke med sikkerhed ved, hvordan UKs stilling i relation til de grundlæggende EU-rettigheder (særligt etableringsretten

og kapitalens frie bevægelighed) vil forme sig efter Brexit, og indtil dette er afklaret, bør der udvises tilbageholdenhed med valg af et engelsk lavkapitalselskab.

2. *Et tysk Unternehmergeellschaft (Haftungsbeschränkt) (UG).* Her er kapitalkravet 1 euro. Bestemmelser i § 5 a i den tyske anpartsselskabslov (GmbH-Gesetz) beskytter samfundet mod en række former for misbrug, blandt andet ved, at der kan opstå personlig hæftelse i forskellige situationer (sådan kunne man også have foreskrevet om danske IVSer, i stedet for at afskaffe dem helt).
3. *Et luxembourgsk "forenklet anpartsselskab" (société à responsabilité limitée, SARL-S).* Også her er kapitalkravet 1 euro. En række bestemmelser i artikel 720 i den luxembourgske selskabslov beskytter mod misbrug: Kun fysiske personer kan eje et SARL-S. Hvis en juridisk person ejer et SARL-S, bliver SARL-Set en nullitet, og dermed forsvinder hæftelsesbegrænsningen. Man kan kun være (med)ejer i ét SARL-S ad gangen; ellers opstår der personlig hæftelse (der er undtagelser, hvor man arver andelene i et SARL-S). De lovlige formål for et SARL-S er begrænset til handel, håndværk, fabrikation og visse liberale erhverv. (Også disse tiltag til beskyttelse mod misbrug kunne lovgivningsmagten i Danmark have set hen til, i stedet for at afskaffe IVSerne helt).

Løsning nr. 4: Et personligt firma. Her vælger stifteren at give "afkald" på hæftelsesbegrænsningen ved ApS, A/S mv. og vælger i stedet den mest enkle og klassiske af alle virksomhedsformerne, jf. kapitlet ovenfor om personligt firma. Afkaldet er ikke altid noget stort reelt offer at bringe, eftersom banker og (større) leverandører ofte vil forlange personlig kaution, hvis man bruger

et ApS eller brugte et IVS. Ved det personlige firma er der blot den fordel ved hæftelsen i modsætning til den normale kautionsforpligtelse, at der er skattemæssig fradragsret hos ejeren for underskud ved en personlig virksomhed; det er der normalt ikke, hvis ejeren af et selskab kautionerer, og kautionsforpligtelsen bliver effektiv.

Om løsning nr. 3: udenlandsk selskab er der en tilføjelse, som er meget vigtig, og som i sig selv fører til, at man aldrig må anvende udenlandsk selskab uden individuel rådgivning herom. Hvis det udenlandske selskab ledes fra Danmark, dvs. at direktionens sæde, hvorfra driftsbeslutningerne tages, så betragtes selskabet i skattemæssig forstand som fuldt skattepligtigt til Danmark. Det følger af selskabsskattelovens § 1, stk. 6. Selskabet bliver dermed skattepligtigt både i sit hjemland (fx UK, Tyskland eller Luxembourg), men det bliver samtidig også fuldt skattepligtigt til Danmark, fordi ledelsens sæde er i Danmark, hvilket normalt vil være tilfældet, når selskabets ejer/direktør bor i Danmark og leder selskabet herfra.

Den dobbeltbeskatning af det udenlandske selskab, der herved opstår, afpareres af dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og det pågældende land, men der skal anvendes en del papirarbejde og dermed omkostninger på at få dette udredet og selvangivet i to lande. Det, der i første omgang syntes at være en besparelse på selskabskapitalen ved stiftelsen, skal derfor opvejes over for de øgede løbende rådgiveromkostninger.

Det er ikke muligt at give et generelt råd om alternativet til et IVS, men de mest nærliggende alternativer vil, jf. sammenligningerne ovenfor, ofte være enten ApSet (nu kun 40.000 kr. kapitalkrav) eller den personligt ejede virksomhed (intet kapitalkrav).

Stillesiddende jurist eller revisor?

**Muskelsmerter? Ledsmerter? Nedsat immunforsvar?
Hovedpine? Ofte kan jeg hjælpe!**

Uddannet i både vestlige og kinesiske behandlingsmetoder

Mange års praktisk erfaring som kinesisk hospitalslæge 23 års erfaring fra praksis

Har skrevet videnskabelige artikler om akupunktur

Registreret alternativ behandler, RAB

Medlem af Dansk Akupunkturforening, DA

AKUPUNKTUR#KLINIKKEN

— Ying Wang —

Herluf Trollesgade 19, st. tv.,

9000 Aalborg

Tlf. 31 26 63 28

www.akupunkturklubben-Aalborg.dk

Bankledelsens erstatningsansvar – læren af Højesterets dom fra 2019 om Capinordic Bank

AF PROFESSOR, DR. JUR. ERIK WERLAUFF

Aalborg Universitet

Vi har efterhånden adskillige domme om det civilretlige erstatningsansvar hos bestyrelses- og direktionsmedlemmer (under ét: ledelsesmedlemmer), men kun få, ældre højesteretsdomme om erstatningsansvaret hos bestyrelses- og direktionsmedlemmer i banker og andre finansielle virksomheder.

Der har gennem de senere år, særligt efter adskillige bankers sammenbrud i kølvandet på finanskrisen, oplobet en række spørgsmål, som det ville være rart at få besvaret, og dette er nu i høj grad sket med Højesterets dom af 15. januar 2019 i sagen om Capinordic Bank A/S.

De havarerende banker, som der blev anlagt sag om, er bl.a. Roskilde Bank, Amagerbanken, Capinordic Bank, Eik Bank, EBH Bank (hvor jeg selv er advokat for bankens tidligere bestyrelsesformand) og Løkken Sparekasse.

Finansiel Stabilitet S.O.V. (selvstændig offentlig virksomhed) anlagde erstatningssager mod en række bankledelser, revisorer m.fl., og flere af disse sager begynder nu så småt at være kommet helt op til Højesteret. I den første af disse sager, om Capinordic Bank (Capinordic), benyttede Højesteret (dom af 15. januar 2019, sag 226/2019) anledningen til at tage klar og principiel stilling til en række spørgsmål, og det er disse spørgsmål samt svarene på dem, der skal behandles i denne artikel.

Jeg har valgt at indlede hver del af artiklen med det relevante spørgsmål, efterfulgt af et klart og enkelt svar

på spørgsmålet. For at sikre, at nuancerne i Højesterets svar kommer med, har jeg i vidt omfang citeret de centrale dele af Højesterets præmisser for hvert enkelt spørgsmål og svar.

Fremhævelserne i citaterne fra Højesterets præmisser er foretaget af mig.

Er erstatningsansvaret for en bankbestyrelse en skærpet variant af culpaansvaret?

Nej, det er det almindelige culpaansvar, herunder med muligheden for at påberåbe sig individuelle undskyldningsgrunde, der finder anvendelse, dette til trods for, at der efterhånden næppe findes noget bestyrelseshverv, der er mere gennemreguleret end bankbestyrelsens.

Højesteret udtaler herom i Capinordic herom (dommens s. 104-105):

“Af den dagældende aktieselskabslovs § 140, 1. pkt., fremgår, at bestyrelsesmedlemmer og direktører, som under udførelsen af deres hverv forsætligt eller uagtsomt har tilføjet selskabet skade, er pligtige at erstatte denne.

Bestemmelsen, der med mindre sproglige justeringer er videreført i selskabslovens § 361, stk. 1, 1. pkt., fastsætter *et almindeligt culpaansvar*. Der er ikke i lovgivningen i øvrigt eller efter retspraksis grundlag for at fastslå, at der gælder en skærpet ansvarsnorm for ledelsesmedlemmer i en

bank.”

Kan bestyrelsen drages til ansvar for at have kørt banken i sæk, dvs. et ansvar for hele bankens sammenbrud?

Nej, der er intet generelt ansvar for bankens indretning og drift; der skal ske en konkret bedømmelse af den enkelte udlåns- hhv. garantibevisning.

Højesteret udtaler herom i Capinordic herom (dommens s. 108):

“Højesteret finder det ikke godtgjort, at banken har været *indrettet og drevet på en måde, der i sig selv kan begrunde et erstatningsansvar* for [bestyrelsesmedlemmerne B1 og B2] eller [bankdirektør D] for tab på de [xx] udlånsengagementer. Det beror således på en konkret vurdering af det enkelte udlånsengagement, om de kan pålægges erstatningsansvar.”

Gælder der en margin for et forretningsmæssigt skøn – og dermed mulighed for erstatningsfrit skøn og fejlskøn inden for rammerne af et forretningsmæssigt skøn?

Ja, ligesom vi anerkender det forvaltningsretlige skøn, anerkender vi også det forretningsmæssige skøn, som domstolene ikke skal foretage overskøn over. Dette har i ikke-finansielle sager været anerkendt af domstolene i årtier, i hvert fald lige siden dommen om Havemann i 1970’erne, og det er nu afklaret, at denne forretningsmæssige skønsmargin også gælder i ansvarssager efter finansielle virksomheders sammenbrud.

Højesteret udtaler herom i Capinordic herom (dommens s. 105):

“*En beslutning om at yde et lån beror i vidt omfang på et forretningsmæssigt skøn* navnlig på grundlag af en kreditvurdering af låntager. Skønnet skal foretages på et forsvarligt grundlag. I kreditvurderingen må bl.a. indgå formålet med lånet, låntagers økonomiske forhold, den stillede sikkerhed og kundens evne til at drive sin

virksomhed, herunder i lyset af den almindelige økonomiske konjunktur. Hvilke krav, der skal stilles, for at en bevisning kan anses for at være forsvarlig, vil bero på en samlet vurdering i det enkelte tilfælde. Højesteret finder, at der bør udvises *forsigtighed med at tilsidesætte det forretningsmæssige skøn*, der er udøvet af bankens bestyrelse og direktion ved bevisningen af et lån.”

Dog gælder denne skønsmargin ikke, hvis der er falske lodder i vægtskålen, fx hvis der er tale om lån, garanti mv. til fordel for et ledelsesmedlem, dets nærtstående mv.

Højesteret udtaler herom i Capinordic herom (dommens s. 105):

“Samme forsigtighed [med at tilsidesætte det forretningsmæssige skøn] skal ikke udvises, hvis det må antages, at en bevisning af et lån eller en anden disposition knyttet hertil *ikke alene er foretaget ud fra forretningsmæssige hensyn til banken, men også ud fra andre – og banken uvedkommende – hensyn*. Højesteret finder, at der i en sådan situation må stilles *skærpede krav til, at det er blevet sikret, at bankens interesser ikke er tilsidesat*. Det bemærkes i den forbindelse, at der i lov om finansiell virksomhed § 78 er fastsat regler, der har til formål at forhindre interessekonflikter i forhold til bestyrelses- medlemmer og direktører.”

Det vil ses, at der ikke er tale om en objektivt ansvar eller anden for ansvarsautomatik. Snarere må der siges at være tale om en omvendt bevisbyrde, modsat erstatningsrettens ellers ligefremme bevisbyrde: Det eller de berørte ledelsesmedlemmer må bevise, at det trods inhabilitet mv. blev sikret i forbindelse med beslutningen, at bankens interesser ikke blev tilsidesat.

Hvilket tidspunkt er afgørende for forsvarligheden, og er der pligt til at skaffe yderligere oplysninger, hvis dette er nødvendigt?

Svaret er, at beslutningstidspunktet er afgørende, og at ja, der er pligt til om nødvendigt at skaffe yderligere oplysninger til beslutningsgrundlaget.

Højesteret udtaler herom i Capinordic herom (dommens s. 105):

“Vurderingen af, om en lånebevilling, som en direktion eller bestyrelse i en bank har besluttet, har været forsvarlig, må foretages på baggrund af de oplysninger, som forelå på bevillingstidspunktet. Der må lægges vægt på den viden, som det enkelte ledelsesmedlem på dette tidspunkt havde eller havde adgang til. Det må endvidere tillægges betydning, om direktionen eller bestyrelsen – hvis der har været anledning hertil – har sørget for, at nødvendige yderligere oplysninger blev tilvejebragt, før lånet blev bevilget.”

Det vil ses af disse præmisser, at det ikke er bagklogskaben, der skal være afgørende, fx en efterfølgende finanskrisen, der kuldaster alle kalkulationer. Det er den viden og det beslutningsgrundlag, der forelå på bevillingstidspunktet, der er afgørende. Hvis et fornuftigt ledelsesmedlem ville mene, at der manglede oplysninger af betydning for beslutningen, skal disse manglende oplysninger indhentes, før beslutningen træffes.

Udløser det ansvar, hvis lovbestemmelser er overtrådt, fx i § 70 eller § 71 i lov om finansiel virksomhed?

Nej, eventuelle lovovertrædelser af FIL-bestemmelser om bankens indretning, drift og organisation kan godt være overtrådt, uden at der opstår ansvar. Det afgørende element i ansvarsbedømmelsen er en helt konkret bedømmelse af, om bevillingen af lånet hhv. kreditten var forsvarlig eller ej.

Højesteret udtaler herom i Capinordic herom (dommens s. 106):

“Banker er undergivet en omfattende regulering efter lov om finansiel virksomhed. Loven indeholder dog kun i begræn-

set omfang krav til bankers långivning og kreditvurdering. Det er i lovens § 70 fastsat, at bestyrelsen for så vidt angår bankens væsentligste aktivitetsområder skal udfærdige skriftlige retningslinjer, hvori arbejdsdelingen mellem bestyrelse og direktion fastlægges. I § 71 er fastsat krav til bestyrelsens overordnede og strategiske funktioner samt krav til effektive former for virksomhedsstyring. Efter § 71 må der for hver enkelt finansiel virksomhed tages stilling til, hvilke foranstaltninger der skal træffes, for at reglerne er opfyldt. Finanstilsynet har i en vejledning beskrevet sin praksis vedrørende § 71.

Bestemmelserne i § 70 og § 71 i lov om finansiel virksomhed opstiller krav til indretning og drift af en bank. Højesteret finder, at *bestemmelserne ikke har en sådan karakter, at en tilsidesættelse i sig selv vil være tilstrækkelig til at anse et ledelsesmedlem i en bank for erstatningsansvarlig*. For så vidt angår andre bestemmelser i den finansielle lovgivning må det bero på de hensyn, der ligger bag den enkelte bestemmelse, om en overtrædelse vil kunne indebære erstatningsansvar for et ledelsesmedlem i en bank.”

Udløser det ansvar, hvis bankens interne regelsæt er overtrådt, fx § 70-instruksen om arbejds- og kompetencedeling mellem bestyrelse og direktion, eller bankens forretningsgange?

Nej, heller ikke sådanne overtrædelser/fravigelser udløser automatisk ansvar. Det afgørende element i ansvarsbedømmelsen er og bliver en helt konkret bedømmelse af, om bevillingen af lånet hhv. kreditten var forsvarlig eller ej.

Højesteret udtaler herom i Capinordic herom (dommens s. 106 f.):

“Bevillingsbeføjelserne i en bank tilkommer bestyrelsen, som helt eller delvist inden for nærmere angivne rammer kan dele-

gere sin bevillingsret til direktionen, jf. lov om finansiel virksomhed § 70. Bestyrelsen fastlægger de nærmere retningslinjer for denne delegation i kreditinstruksen og fastsætter i kreditpolitikken retningslinjer for bankens ansattes kreditgivning. Hvis bankens direktion handler i strid med kreditinstruksen eller kreditpolitikken, står det enkelte direktionsmedlem til ansvar over for bestyrelsen. Bestyrelsen kan fravige eller tillade fravigelse af sine egne retningslinjer, i det omfang en sådan fravigelse ikke er i strid med lovgivningen eller i øvrigt må anses for uforsvarlig.

Højesteret finder, at den omstændighed, at bestyrelsen fraviger egne retningslinjer eller accepterer, at bankens direktion fraviger disse, *ikke i sig selv kan anses for ansvarspådragende*. Et ansvar må forudsætte, at det efter en konkret vurdering i det enkelte tilfælde har været *uforsvarligt* at fravige egne retningslinjer eller acceptere en sådan fravigelse.”

Det er således også her en konkret forsvarlighedsbedømmelse, der er afgørende for ansvarsspørgsmålet. Det er substansen, ikke de mange formaliteter omkring denne, vi skal interessere os for.

Betyder det noget for ansvarsbedømmelsen, at bankens revision (ekstern og eventuel intern) har sagt god for engagementet, dvs. vurderet, at der ikke var objektive indikationer for værdiregulering (“hensættelse”)?

Svaret er ja, det betyder noget, idet det indgår i den samlede bedømmelse af, om bevillingen af lånet hhv. garantien var forsvarlig eller ej. Revisors negative bedømmelse er ikke automatisk ensbetydende med domfældelse, og revisors positive bedømmelse er ikke automatisk ensbetydende med frifindelse. Men ja, hvis revisor fandt engagementet i orden, udgør denne vurdering et element i argumentationen for, at bevillingen ikke med rette kan bebrejdes bankens bestyrelse og direktion.

Højesteret udtaler herom i Capinordic herom (dom-

mens s. 107):

“Højesteret tiltræder, at bankens revisions vurdering af et låneengagement og behov for nedskrivning *kan indgå i bedømmelsen af, om bevillingen af et lån har været forsvarlig.*”

Er direktøren fri for ansvar, når først bestyrelsen har godkendt hans eller hendes indstilling om at bevilge et lån eller en garanti?

Nej, direktøren, der indstiller et uforsvarligt udlån, bliver ikke ansvarsfri, blot fordi bestyrelsen godkender det. Direktøren har altså et selvstændigt ansvar (i givet fald solidarisk med de bevilgende bestyrelsesmedlemmer).

Højesteret udtaler herom i Capinordic herom (dommens s. 107):

“I tilfælde, hvor [en bankdirektør] har indstillet til bestyrelsen at bevilge et lån, og kreditindstillingen er uforsvarlig, fritager det ham ikke for erstatningsansvar, at bestyrelsen har bevilget lånet.”

Det er altså ikke således, at når først bestyrelsen har bidt på krogen og sagt ja til en indstilling om en bevilling, kan direktøren tørre sveden af panden og vide sig ansvarsfri. Hvis det – set ud fra en individuel ansvarsbedømmelse af direktøren – er uforsvarligt at bevilge lånet hhv. garantien, så bliver direktøren ikke ansvarsfri, blot fordi bestyrelsen følger indstillingen. Om det enkelte bestyrelsesmedlem kan drages til ansvar eller ej, beror også her på en individuel bedømmelse af bestyrelsesmedlemmet, dvs. en besvarelse af spørgsmålet, om det – set ud fra en individuel ansvarsbedømmelse af bestyrelsesmedlemmet – var uforsvarligt at bevilge lånet hhv. garantien.

Kan man sige noget sammenfattende om Højesterets bedømmelse af bankledelsens erstatningsansvar efter Capinordic-dommen?

Ja, det kan man bestemt, nemlig følgende:

1. Der er intet generelt erstatningsansvar for at køre en bank eller anden finansiel virksomhed i

sænk. Ansvarsspørgsmålet skal bedømmes for hver enkelt bevilling og på grundlag af dennes forsvarlighed.

2. Et forretningsmæssigt skøn (og fejlskøn!) hos bankledelsen tilsidesættes normalt ikke af domstolene, undtagen hvis der er falske lodder i vægtskålen i form af varetagelse af egeninteressen (og selv da indtræder ansvar ikke automatisk, men der indtræder “blot” en omvendt bevisbyrde med hensyn til spørgsmålet, om bankens interes-

ser er varetaget i tilstrækkelig grad trods fejlen).

3. Det helt afgørende element i ansvarsbedømmelsen er en forsvarlighedsbedømmelse af bevillingen (og af grundlaget for bevillingen).
 4. En eventuel tilsidesættelse af formelle lovregler, bankens interne regler mv. betyder mindre i forhold til den materielle forsvarlighedsbedømmelse. Substansen i sagen er og bliver det afgørende.
-

E-LEARNING

E-LEARNING

V/ ERIK WERLAUFF

Siden august 2016 har Advokaternes HR med stor succes og med Erik Werlauff ved roret, tilbudt en række online kurser inden for forskellige juridiske emner, som kan indfri dit behov for obligatorisk efteruddannelse.

Kurserne

To nye kurser er netop udviklet og porteføljen tæller nu 6 kurser, nemlig:

NYHED

- Finansielle virksomheder (8 kursuslektioner)

NYHED

- Kapitalmarkedets virksomheder (10 kursuslektioner)
- Ledelsesansvar (12 kursuslektioner)
- Koncerner (17 kursuslektioner)
- Valg af virksomhedsform (26 kursuslektioner)
- Bedre kontrakter (21 kursuslektioner)

Konceptet

E-learning er online kursusundervisning, som kan følges fra egen PC, når som helst og hvor som helst. Online kurserne er sammensat af en række kursusessioner, bestående af undervisningsslides kombineret med bagvedliggende voiceover, som kan afspilles og pauses som kursisten måtte ønske.

Fordele ved E-learning

- Stor fleksibilitet (sessionerne kan ses eller genses, når som helst og hvor som helst)
- Spar tid og omkostninger
- Undgå kursusaflysninger
- Effektiviser din arbejdsdag (modtag undervisning mellem møder el. lign.)



Advokaternes HR
Nørre Voldgade 88, 2. sal
1358 København K

Telefon 33 38 71 82

www.advokaternes-hr.dk

Find den på www.werlauff-publishing.com